



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

EMÍLIA DE FREITAS NEVES

**DIREITO PENAL DO INIMIGO:
UMA AFRONTA AO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO?**

BRASÍLIA

2010

EMÍLIA DE FREITAS NEVES

**DIREITO PENAL DO INIMIGO:
UMA AFRONTA AO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO?**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília
– UniCEUB

Orientador: Humberto Fernandes de Moura

BRASÍLIA

2010

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu Deus Supremo, às minhas filhas Ana Beatriz e Ana Clara, fonte superior de inspiração, ao meu amado Flávio pela dedicação nas horas mais difíceis.

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos ao meu orientador Humberto Fernandes de Moura pela constante atenção e incentivo em todo o transcorrer deste árduo trabalho de pesquisa e pelas brilhantes aulas de Processo Penal. Obrigada também a todos os meus amigos e familiares que me acompanharam nesta longa caminhada acadêmica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. POLÍTICA CRIMINAL E A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL.....	8
1.1. CONCEITO DE POLÍTICA CRIMINAL.....	8
1.2. POLÍTICAS CRIMINAIS DA ATUALIDADE	13
1.3. PRINCÍPIOS DA POLÍTICA CRIMINAL DO DIREITO PENAL MÍNIMO	17
2. O DIREITO PENAL DO INIMIGO SEGUNDO JAKOBS.....	21
2.1. SURGIMENTO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	21
2.2. PROPOSTAS DE JAKOBS PARA O DIREITO PENAL DO INIMIGO	23
2.3. CRÍTICAS À TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	26
2.4. ANÁLISES PRÁTICAS DE MANIFESTAÇÕES ESPECÍFICAS QUE REFLETIRIAM O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	30
3. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	35
3.1. ESTADO DE DIREITO	35
3.2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	40
3.3. A APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL SERIA CONSTITUCIONAL OU NÃO?	42
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende fazer uma reflexão crítica das propostas estabelecidas por Günther Jakobs para o Direito Penal do Inimigo e analisar sua incompatibilidade com os ditames de um Estado Democrático de Direito.

A pesquisa bibliográfica foi dividida em três capítulos. No capítulo inaugural, procuraremos trabalhar os conceitos de política criminal, bem como os seus princípios norteadores. Assim, torna-se necessário explanar os tipos de políticas criminais que surgiram nos países globalizados diante do recrudescimento da violência e das novas realidades da sociedade contemporânea. São políticas mais ostensivas que, conseqüentemente, suscitaram o fenômeno de expansão do direito penal como forma de conter o avanço da criminalidade.

O segundo capítulo tem como objetivo adentrar na Teoria, defendida por Jakobs, do Direito Penal do Inimigo e suas propostas. Dentre elas a dualidade do Direito Penal, um voltado para o cidadão e outro para o inimigo. A definição de não pessoa para Jakobs, ou seja, o inimigo do Estado. A flexibilização de garantias e princípios como o da legalidade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana com o intuito de preservar a vigência da norma. A visão de um Direito penal prospectivo, que antecipa a tutela penal para alcançar atos preparatórios e não fatos ocorridos.

Dentro do referido capítulo, mostraremos o posicionamento contrário de alguns doutrinadores diante das propostas de Jakobs, dentre eles Raúl Zaffaroni, André Callegarri, Nereu Giacomolli, Sérgio Shecaria e Paulo Busato. Finalizando o capítulo, faremos uma análise de manifestações específicas que refletiriam as propostas do Direito Penal do Inimigo dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

No capítulo final confrontaremos as propostas do Direito Penal do Inimigo e as diretrizes de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Para tanto, torna-se imprescindível analisar as características do Estado de Direito como conquista para a evolução de qualquer Estado, bem como os princípios e deveres que norteiam o Estado Democrático de Direito. Para concluir, argumentaremos a respeito da constitucionalidade ou não das propostas do Direito Penal do Inimigo, com o intuito de analisar o quanto seria salutar para o Estado caso fossem aplicadas as propostas do Direito Penal do Inimigo no Brasil.

1. POLÍTICA CRIMINAL E A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

O presente capítulo tem como finalidade precípua analisar as políticas criminais adotadas pelos países globalizados bem como a expansão do Direito Penal nos dias atuais, pois, a globalização, fenômeno de uma nova ordem mundial, gerou consequências maléficas como o recrudescimento da violência, e conseqüentemente, a ascensão da criminalidade, com isso, surgem diferentes formas de atuação dos criminosos e novos tipos penais.

Assim, houve um aumento das políticas criminais mais repressivas e punitivas diante dessa nova realidade social. Portanto, é de extrema relevância compreender o que é uma política criminal, qual o seu papel no controle da criminalidade, bem como analisar a expansão do Direito Penal como instrumento de controle da violência.

1.1. Conceito de Política Criminal

Considerada como uma atividade clássica de sociedades organizadas, a política criminal busca a repressão e prevenção à criminalidade¹.

Segundo Fernando Galvão, Von Liszt inicialmente conceituou política criminal como ciência que dá fundamento jurídico e orienta o poder de punir estatal.²

Já para a socióloga francesa Mireilli Delmas-Marty a expressão política criminal foi introduzida pelo professor alemão Feuerbach, que definia política criminal como “conjunto dos procedimentos repressivos pelos quais o Estado reage contra o crime”.³

Dentre outros conceitos, destaca-se o de René Ariel Dotti que define política

¹ GALVÃO, Fernando. *Política Criminal*. Belo Horizonte. Mandamentos, 2000, p. 21.

² Ibidem, p. 21.

³ DELMAS-MARTY, Mireilli. *Os Grandes Sistemas de Política Criminal*. São Paulo. Manole, 2004, p. 3.

criminal como um “conjunto sistemático de princípios e regras através dos quais o Estado promove a luta de prevenção e repressão das infrações penais”.⁴

Para Fernando Galvão, o conceito mais completo seria de Aníbal Bruno que define política criminal como:

[...] um conjunto de princípios de orientação do Estado na luta contra a criminalidade, através de medidas aplicáveis aos criminosos. [...] se situa entre a criminologia e o direito penal, entre os estudos do crime como fenômeno social e humano, cujos dados utiliza, e a prescrição de normas para a sua disciplina jurídica, que ela se destina orientar.⁵

Assim para o autor, a política criminal é uma ciência empírica e normativa de caráter finalístico, desenvolvida pela sociedade na busca do controle da criminalidade: “a política criminal somente deve existir e, sobretudo ser aplicada em função de uma ampla política social planejada, programada”, portanto, inseparável de uma política geral do Estado, caso contrário, sua eficácia fica comprometida.⁶

Já a relação da criminologia com a política criminal se dá na medida em que as investigações empíricas da criminologia oferecem bases seguras e científicas no controle da criminalidade. A investigação da personalidade criminal foi um fator determinante na harmonia entre essas duas ciências autônomas entre si.⁷

A criminologia, por ser voltada para conhecimento da realidade, fornece dados empíricos capazes de auxiliar a política criminal nas suas decisões operacionais. Entretanto, a realidade social é mutante, sofrendo constantes transformações, assim, cabe à política criminal acompanhar a evolução da dinâmica social, revendo seus postulados e

⁴ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro. Forense, 2002, p. 74.

⁵ GALVÃO, Fernando. *Política Criminal*. Belo Horizonte. Mandamentos, 2000, p. 25.

⁶ Ibidem, p. 25.

⁷ Ibidem, p. 37.

estratégicas.⁸

A criminologia e a política criminal estão fortemente atreladas na medida em que empenham esforços para controlar os avanços da criminalidade. Como assegura Luís Flávio Gomes, “quem, nos dias atuais, estuda um fenômeno criminal qualquer o enfocando exclusivamente sob um só ângulo não pode nunca ter a percepção completa do problema e da realidade”.⁹

A política criminal apresenta características tanto do aspecto teórico quanto do aspecto prático, ou seja, teoria e prática trocam influências entre si para formar de maneira integrada um todo.¹⁰

Corroborando com esse entendimento, Ricardo de Brito preceitua:

A distinção operada entre a política criminal como saber teórico e a política criminal como atividade eminentemente prática não implica em negar a existência de um vínculo necessário entre ambas as concepções. Não existe separação absoluta entre a atividade teórica da política criminal e as decisões de índole prática adotadas pelo legislador, pois essa disciplina existe justamente com a finalidade de subsidiar a ação estatal na repressão e prevenção da criminalidade.¹¹

Não é questão pacífica entre os doutrinadores a discussão no tocante a cientificidade da política criminal, pois para alguns ela não passa de uma mera técnica. Heleno Fragoso sustenta ser a política criminal uma técnica responsável pelo desenvolvimento de mecanismos utilizados pela justiça criminal.¹²

A dificuldade para o reconhecimento da política criminal como ciência se dá

⁸ GALVÃO, Fernando. *Política Criminal*. Belo Horizonte. Mandamentos, 2000, p. 40.

⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Crime Organizado – Enfoques criminológico, jurídico e político criminal*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1995, p. 21.

¹⁰ GALVÃO, Fernando. *Op. cit.*, p. 22.

¹¹ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Ciências Criminais e Filosofia Política: as possibilidades de diálogo interdisciplinar*. São Paulo. RBCCRIM 63, 2006, p. 203.

¹² GALVÃO, Fernando. *Op. cit.*, p. 23.

pelo fato de ser impossível descrever os fenômenos sociais através de leis uniformes e invariáveis, como os objetos de estudo das ciências exatas. Pois, a matéria que serve de auxílio para o cientista social são as relações interpessoais, que possuem características mutantes e são captadas de modo parcial pelo observador do fenômeno social.¹³

A política criminal não é ciência nos moldes das ciências exatas, mas, de maneira análoga, ela orienta as estratégias de controle da criminalidade, uma vez que indica a fórmula mais eficaz para a preservação da harmonia social. Tratar a política criminal como mera técnica seria o mesmo que aceitar soluções imediatistas, como, por exemplo, o aumento de penas nos casos dos crimes de maior repulsa. Pois, a sociedade influenciada por considerações casuísticas acredita no poder do Direito Penal para solucionar todas as mazelas sociais.¹⁴

Hodiernamente, a política criminal tem se mostrado “eminentemente prática, menos teórica, menos científica, menos valorativa e menos garantidora de direitos fundamentais”, com características intimidadoras e inocuidadora, como preconiza Cláudio Amaral.¹⁵

Ocorre que é ledó engano acreditar que novos tipos penais e o aumento de penas são eficazes para frear a criminalidade, muitas vezes são utilizados unicamente para promover interesses da classe política, como assegura Fernando Galvão:

A política criminal, como forma de orientação do poder, deve ser instrumento para a realização do bem comum e não permitir aventuras legislativas que comprometam as garantias fundamentais do indivíduo contra

¹³ GALVÃO, Fernando. *Política Criminal*. Belo Horizonte. Mandamentos, 2000, p. 26.

¹⁴ Ibidem, p. 29.

¹⁵ AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea*. São Paulo. IBCCRIM. 2007, p. 210.

o direito/dever de punir do Estado.¹⁶

A busca pela segurança leva a política criminal legislativa a construir tipos penais voltados à proteção antecipada de bens jurídicos. Trata-se de uma política criminal natimorta em relação a sua eficácia, pois sempre haverá riscos residuais não protegidos pelo tipo incriminador, uma vez que a segurança plena é algo inatingível.¹⁷

Vale ressaltar que a política criminal, quando oferece ao legislador informações para subsidiar as reformas a serem realizadas na seara do direito penal, contribui com a ação estatal, como, por exemplo, quando tipifica ou não uma conduta como crime, opta por uma espécie de pena mais adequada que outra.¹⁸

Entretanto, percebe-se que uma política criminal, para que seja eficaz na sua finalidade de controlar a criminalidade, deve possuir mecanismos que garantam a inclusão social, partindo da premissa que o crime e a violência são problemas sociais que precisam ser tratados como tais.¹⁹ Para viabilizar tal anseio é necessário que haja um saber interdisciplinar entre as ciências criminais, englobando a política criminal, o direito penal e a criminologia.²⁰

Conclui-se que a política criminal, através de um estudo interdisciplinar fundada em princípios do Estado Democrático de Direito, tem o papel de orientar e legitimar o sistema punitivo diante de sua atuação no caso concreto. Assim sendo, a política criminal contém características de teoria e prática, com o objetivo central de conter os avanços da criminalidade.

¹⁶ GALVÃO, Fernando. *Política Criminal*. Belo Horizonte. Mandamentos, 2000, p. 27.

¹⁷ AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea*. São Paulo. IBCCRIM. 2007, p. 213.

¹⁸ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Ciências Criminais e Filosofia Política: as possibilidades de diálogo interdisciplinar*. São Paulo. RBCCRIM 63, 2006, p. 204.

¹⁹ AMARAL, Cláudio do Prado. *Op.cit.*, p. 205.

²⁰ *Ibidem*, p. 209.

Portanto, será indispensável o estudo dos tipos de políticas criminais propostas pelos Estados na tentativa de promover mais segurança para os países globalizados, a qual se tornou a principal pretensão da sociedade contemporânea.

1.2. Políticas Criminais da Atualidade

Hodiernamente, a criminalidade cresce de maneira exacerbada. São inúmeras guerras, violência de todas as espécies e aumento da população miserável. Tudo isso faz a sociedade se indignar e assim exigir soluções imediatistas para confrontar essa realidade, estimulando o surgimento de políticas criminais mais severas com o intuito de diminuir os índices de criminalidade.

Segundo Callegari e Dutra:

O recrudescimento da violência é assunto que tem tomado grande atenção da sociedade moderna e que assola tanto nações ricas como outras ainda em desenvolvimento, seja pela influência do tráfico de drogas, seja pelo medo constante de ataques terroristas. Muitas nações têm respondido a essa ameaça crescente com o endurecimento da legislação penal, o que, de certa forma acaba também por satisfazer a opinião pública que vê no crescimento do punitivismo a solução do problema.²¹

As medidas repressivas em combate à criminalidade têm em comum a punição severa dos criminosos, como assegura Shecaira:

[...] dentre outras formas de expressão desse sentimento de insegurança (apropriado por uma nova direita), alguns mecanismos de exarcebação da punição, movimento comum à pós-modernidade de um mundo dito globalizado: o Direito Penal do Inimigo; o movimento de Lei e Ordem; e a Tolerância Zero, com as várias formas de fobias raciais. Embora apresente facetas distintas, há uma interpenetração dessas categorias [...].²²

A busca por políticas criminais mais efetivas em satisfazer o anseio da população insegura diante da violência faz surgir políticas extremadas como o Movimento

²¹ CALLEGARI, André Luís e DUTRA, Fernanda Arruda. *Direito Penal do Inimigo e Direitos Fundamentais*. São Paulo. Revista dos Tribunais, v. 96, n. 862, agosto 2007, p. 429 – 442.

²² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Tolerância Zero*. São Paulo. RBCCRIM 77, ano 17, 2009, p. 269.

Tolerância Zero, o Movimento de Lei e Ordem e a Teoria do Direito Penal do Inimigo.

Tais programas de repressão ao crime mostram roupagens diferentes de atuação, mas com o mesmo fim, diminuir a violência nos países ditos globalizados por meio de medidas repressivas de punição severa aos criminosos.

De acordo com Sérgio Salomão Shecaira, o programa Tolerância Zero surgiu nos Estados Unidos, com o escopo de diminuir a criminalidade e dirimir a sensação de anomia nas grandes cidades. Baseado na premissa de que qualquer infração penal, se tolerada, pode desencadear o cometimento de crimes mais graves, puni-se todo tipo de desordem social.²³

Para Shecaira, o programa Tolerância Zero não age de maneira efetiva na criminalidade, mascarando as causas do recrudescimento da violência e seus reflexos na sociedade, visto que não acredita na ressocialização do preso.

Muito mais do que ser uma estratégia policial, é a expressão de um contexto em que prevalece a descrença na reinserção do egresso do sistema punitivo, na busca da identificação das razões sociais últimas do crime, na transcendência das estruturas sociais, na superação do processo de exclusão produzido e reproduzido diariamente nas relações sociais.²⁴

Segundo Benoni Belli, há evidências que não houve relação direta entre a política de Tolerância Zero e a redução da criminalidade em Nova Iorque, pois no início dos anos 90 já havia uma redução dos níveis de criminalidade em função de outras iniciativas adotadas anteriormente. O autor faz uma comparação entre Nova Iorque e as principais cidades norte americanas, enquanto Nova Iorque divulgava quedas na taxas de criminalidade da ordem de 70,6% entre os anos de 1991 a 1998, San Diego, com uma política de

²³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Tolerância Zero*. São Paulo. RBCCRIM 77, ano 17, 2009, p. 262 – 263.

²⁴ Ibidem, p. 268.

policciamento comunitário no mesmo período, conseguiu reduzir em 76,4% a taxa de homicídios. Já na cidade de Boston os índices de queda da criminalidade ficaram próximos de 69,3%, devido a uma política de envolvimento de líderes religiosos na prevenção ao crime.²⁵

Já o Movimento de Lei e Ordem tem como fulcro o aumento de leis penais, aplicação de penas privativas de liberdade e pena de morte como únicos meios de reter a violência. Seus adeptos partem do pressuposto que a sociedade é dividida em homens bons e maus e que a violência só será contida com a ampliação de penas mais duras, até mesmo a pena de morte. A intenção do movimento é controlar o avanço da criminalidade, intimidando e neutralizando os criminosos.²⁶

Segundo Fernando Galvão, o Movimento Lei e Ordem se mostra lastreado de ideologia extremista, com normas repressivas incoerentes que violam todos os princípios relevantes do direito penal científico e imparcial.²⁷

Em sentido diametralmente oposto ao Movimento de lei e Ordem, que preconiza o Direito Penal Máximo, o Abolicionismo propõe o fim das prisões e do próprio Direito Penal, substituindo-o por intervenções comunitárias e institucionais de caráter alternativo.²⁸

Conforme Rogério Greco, o idealizador do Abolicionismo foi o advogado e professor Fillipo Gramatica, que primeiramente postulou a favor do desaparecimento do

²⁵ Apud SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Tolerância Zero*. São Paulo. RBCCRIM 77, ano 17, 2009, p. 266.

²⁶ SHECAIRA, *Op. cit.*, p. 270.

²⁷ GALVÃO, Fernando. *Política Criminal*. Belo Horizonte. Mandamentos, 2000, p. 27.

²⁸ ZEIDAN, Rogério. *Ius Puniendi, Estado e Direitos Fundamentais: Aspectos de Legitimidade e Limites da Potestade Punitiva*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 83.

sistema penal, perante sua incapacidade de resolver os conflitos.²⁹

Para Rogério Greco, a tese abolicionista faz uma crítica severa à lei penal, a qual tem seu público alvo constituído pelos pobres, miseráveis e desempregados. Renegados em segundo plano pelo Estado que deles só se lembra na hora de fazer valer seu *ius puniendi*, aplicando penas que não cumprem suas funções de reprovação e prevenção ao crime.

Embora extremamente louvável o discurso abolicionista, o certo é que, para determinados fatos graves, infelizmente, não existe outro remédio a não ser o Direito Penal, não havendo possibilidade, pelo menos na sociedade atual, de abrimos mão do sistema penal, sob o argumento de que outros ramos do ordenamento jurídico são capazes de resolver quaisquer tipos de conflitos e lesões a bens jurídicos de relevo [...] de impedir a prática de comportamentos graves, causadores, muitas vezes, de danos irreparáveis à sociedade.³⁰

Assim, os preceitos do Abolicionismo são nobres, na medida em que pregam a abolição do Direito penal e o fim da prisão por seu caráter extremamente estigmatizante, cruel e na maioria das vezes violador do princípio da dignidade humana. Entretanto, diante da realidade do mundo globalizado tais desejos são utópicos.

Ficou claro diante do que foi abordado pelos autores que embasaram esse estudo, que o recrudescimento da criminalidade fez surgir um clamor social por políticas criminais mais severas. Alguns indivíduos são vistos não como seres humanos para o Direito Penal do Inimigo, mas sim como uma ameaça, um inimigo que como tal deve ser expurgado do convívio social.

Diante do exposto, nota-se que as políticas criminais repressivas como programa Tolerância Zero, o programa Lei e Ordem e a Teoria do Direito Penal do Inimigo possuem características mais ostensivas no controle da criminalidade e confrontam-se

²⁹ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal*. Niterói – Rio de Janeiro. Editora Impetus, 2005, p. 11.

³⁰ Ibidem, p.14.

diretamente com o Direito Penal Mínimo e todos os seus princípios.

Torna-se, portanto, de grande relevância para a pesquisa do próximo tópico, o estudo dos princípios norteadores do Direito Penal Mínimo adotado pelo Estado Democrático de Direito.

1.3. Princípios da Política Criminal do Direito Penal Mínimo

A política criminal, como forma de orientação do poder de punir estatal, tem como objetivo principal configurar o direito penal como instrumento eficaz no controle da criminalidade. Para que as estratégias no controle do crime possam auferir resultados satisfatórios, a política criminal deve ser calcada em princípios norteadores de sua atuação.

Assim, a atividade repressiva estatal não pode se legitimar por critérios meramente simbólicos para dar respostas à população carente de segurança, mas sim em princípios fundamentadores da ordem jurídica que orientam as atividades repressivas e preventivas de um Estado Democrático de Direito.

Com isso, o Estado antes de recorrer à criação de leis deve esgotar todos os meios não penais para o controle da criminalidade. Para os defensores da política criminal do direito penal mínimo o agir punitivo do Estado tem que ser em *ultima ratio*. Portanto, as práticas penais não podem estar sozinhas no campo da política criminal, mas devem ser utilizadas juntamente com outras práticas de controle social, como as sanções administrativas e as não repressivas, como a prevenção, a reparação e a mediação. Deste modo, a política criminal não está constituída apenas por medidas jurídico-penais.³¹

³¹ DELMAS-MARTY, Mireilli. *Os Grandes Sistemas de Política Criminal*. São Paulo. Manole, 2004, p. 04.

Os princípios que norteiam a política criminal brasileira encontram-se na Constituição Federal e estão ligados às garantias e direitos fundamentais. São eles: o princípio do Estado de Direito; o princípio da culpabilidade; o princípio da legalidade; o princípio da proporcionalidade e o princípio da humanidade.³²

O princípio do Estado de Direito é orientador da atividade repressiva estatal, uma vez que impõe observância da estrita legalidade para a definição dos crimes e aplicação das penas. Os limites previamente estabelecidos por lei são verdadeiros limitadores da arbitrariedade do poder punitivo estatal, estabelecendo assim maior segurança para o indivíduo.³³

O processo de expansão do direito penal como forma de conter a criminalidade não se coaduna com os preceitos estabelecidos pelo princípio do Estado de Direito, uma vez que o direito penal deve interferir no mínimo necessário e, em último caso, como preceitua o Direito Penal Mínimo. Entretanto, hodiernamente, percebe-se que as violações de direitos e garantias fundamentais estão cada vez mais presentes no bojo do direito penal, propagando assim um modelo com características de um direito penal máximo.³⁴

Já culpabilidade é um princípio de política criminal, na medida em que oferece a base teórica determinante na punição do autor do fato delituoso, pois só é possível punir quando se pressupõe a culpabilidade do mesmo, denominado de direito penal do fato. A repressão estatal só poderá punir na medida da culpabilidade do agente. Portanto, o princípio da culpabilidade nada mais é que um freio aos possíveis excessos do poder punitivo do

³² GALVÃO, Fernando. *Política Criminal*. Belo Horizonte. Mandamentos, 2000, p. 56.

³³ *Ibidem*, p. 56.

³⁴ *Ibidem*, p. 58.

Estado.³⁵

Na teoria defendida pela escola finalista, atualmente adotada pela legislação penal brasileira, o conteúdo da culpabilidade ficou alterado com a retirada do dolo e da culpa, passando a constituir mero juízo de reprovação ao autor da infração. Assim, a culpabilidade não é requisito do crime, mas simples pressuposto da aplicação da pena. Contudo, a função de garantia da culpabilidade exige uma identificação precisa do objeto de valoração, caso contrário, o indivíduo ficaria a mercê do imprevisível.³⁶

Já o princípio da legalidade ou da reserva legal determina que somente sejam admissíveis normas de natureza penal reguladora de condutas puníveis, estabelecendo a proibição e sua respectiva punição de um comportamento omissivo ou comissivo do cidadão. Conforme o princípio da legalidade é proscrito a existência de normas penais de caráter constitutivo, que criem, presumidamente, desvios puníveis sem vinculação a fatos específicos, mas voltados para pessoas ou grupos de pessoas considerados como perigosos à sociedade.³⁷

Outro princípio é o da proporcionalidade, Segundo esse mandamento as sanções cominadas e aplicadas devem ser proporcionais à lesão causada pelo autor da infração, considerando a ação ou omissão e o resultado alcançado. Nos casos em as sanções aplicadas são desproporcionais e injustas configura-se flagrante violação aos direitos humanos do cidadão.³⁸

Já o princípio da dignidade da pessoa humana é inerente tanto no direito

³⁵ GALVÃO, Fernando. *Política Criminal*. Belo Horizonte. Mandamentos, 2000, p. 59.

³⁶ Ibidem, p. 60.

³⁷ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho; CHAGAS, Fernando Cerqueira; FERRER, Flávia; BALDEZ, Paulo de Oliveira Lancelotti e PEDROSA, Ronaldo Leite. *Justa Causa Penal Constitucional*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2004, p. 35.

³⁸ FERREIRA, Fábio Félix e RAYA, Salvador Cutiño. *Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar diferenciado*. São Paulo. RBCCRIM nº 49, 2004, p. 268.

penal quanto no direito processual penal, pois a tipicidade penal deve obediência ao princípio da dignidade e o processo penal não pode servir para afrontar a dignidade do suposto acusado e ir além do que consente a Constituição.³⁹

O princípio da humanidade é visto como maior postulado de uma política criminal comprometida com a efetiva proteção aos direitos humanos, pois não basta declarar que o homem tem direitos sem estabelecer mecanismos que resguarдем o indivíduo contra abusos. Como assegura Galvão:

[...] a justiça criminal não pode ser exageradamente repressiva, devendo preocupar-se mais com as consequências sociais da incriminação e da punição. Os altos custos do direito penal devem sempre ser justificados pela realização de algo socialmente construtivo [...] o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamental a qualquer forma de intervenção do direito penal, é manifestamente incompatível com a pena de morte, as penas cruéis, desonrosas e, em geral, com a idéia da retribuição.⁴⁰

Conclui-se que a política criminal, sob a égide do princípio da dignidade humana, deve estar voltada para repressão e prevenção da criminalidade, estabelecendo a harmonia social, preservando os direitos e garantias inerentes ao cidadão, ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa, ou seja, todas as garantias do processo penal.

Torna-se, portanto, de grande relevância para a pesquisa do próximo capítulo, saber qual o significado da teoria do Direito Penal do Inimigo e avaliar suas possíveis aplicações e implicações numa política criminal fulcrada em princípios norteadores da sua atuação, pois existem questionamentos quanto à aplicabilidade da teoria jakobsiana no Estado Democrático de Direito, já que se trata de uma medida de exceção no controle da criminalidade.

³⁹ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho; CHAGAS, Fernando Cerqueira; FERRER, Flávia; BALDEZ, Paulo de Oliveira Lanzelotti e PEDROSA, Ronaldo Leite. *Justa Causa Penal Constitucional*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2004, p. 51.

⁴⁰ GALVÃO, Fernando. *Política Criminal*. Belo Horizonte. Mandamentos, 2000, p. 65.

2. O DIREITO PENAL DO INIMIGO SEGUNDO JAKOBS

O presente capítulo busca analisar as particularidades da teoria de Günter Jakobs, denominada de Direito Penal do Inimigo, como modelo de atuação estatal para conter o avanço da criminalidade.

Deste modo, torna-se necessário, para melhor compreensão da teoria jakobsiana, analisar as suas propostas a partir da distinção entre o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, bem como estudar em que contexto social surgiu a Teoria do Direito Penal do Inimigo, como método de manutenção da ordem social, diante da insegurança dos países globalizados.

2.1. Surgimento do Direito Penal do Inimigo

Após uma palestra de Jakobs na Conferência do Milênio em Berlim no ano de 1999, o conceito de Direito Penal do Inimigo causou um grande frisson, não apenas na Alemanha, mas nos países de língua portuguesa e espanhola. Não era a primeira vez que Jakobs abordava o conceito, pois, em 1985, utilizou-o numa palestra no Seminário de Direito Penal em Frankfurt, não provocando muito entusiasmo nos participantes naquela época.⁴¹

A concepção do Direito Penal do Inimigo foi desenvolvida por Jakobs como forma de reprimir e neutralizar as ameaças de violência oriundas das novas realidades inerentes ao crescimento sócio-econômico dos países globalizados. Partindo de uma concepção crítica, Jakobs desenvolveu um modelo de Direito Penal Parcial, pois para ele esse já estava presente, em grande proporção, no Direito Penal alemão.⁴²

⁴¹ PRITTWITZ, Cornelius. *O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais e política criminal*. São Paulo. RBCCRIM 47, ano 12, 2004, p. 41.

⁴² Ibidem, p. 42.

Diante dessa nova realidade surge um Direito Penal com características expansionistas para tentar conter o *modus operandi* dos criminosos, denominados por Jakobs como aqueles que se comportam como inimigos. A ocorrência de atividades criminosas mais graves legitimou a adoção de mecanismos excepcionais, afastando os padrões tradicionais do sistema repressivo. Nesse sentido, Meliá preceitua “que a tendência atual do legislador é a de reagir com firmeza dentro de uma gama de setores a serem regulados, no marco da luta contra a criminalidade, isto é, com o incremento das penas”.⁴³

A estrutura da Teoria de Jakobs está voltada para o indivíduo que não se submete ao sistema normativo. Em decorrência desse desvio de conduta é classificado como perigoso, ou melhor, como inimigo da sociedade. Os inimigos para Jakobs são os indivíduos voltados para o terrorismo, os crimes econômicos, os delitos sexuais, o narcotráfico e outros tipos de condutas delitivas mais complexas.⁴⁴ A conversão do cidadão em inimigo verifica-se quando nele se reúnem as seguintes características: reincidência, habitualidade criminosa, profissionalismo delitivo e integração em organização criminosa. Jakobs se refere ao inimigo com a expressão “autor por tendência”, conceituando o terrorista, exclusivamente, como aquele que rechaça a legitimidade do ordenamento jurídico.⁴⁵

Para Jakobs, os tratamentos diferenciados ao inimigo como: o adiantamento da punibilidade, a imputação de penas desproporcionalmente altas e a relativização ou supressão das garantias processuais são plenamente justificáveis em razão da periculosidade que tais indivíduos representam para a segurança social, com o intuito de se manter o *status quo*. Assim, aquele que se comporta como inimigo merece ser tratado como tal, portanto, como “não pessoa”. Ao Estado Democrático de Direito não cabe outra opção a não ser reagir

⁴³ JAKOBS Günther e MELIÁ Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 63

⁴⁴ *Ibidem*, p. 35.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 36.

com os requisitos de um Direito Penal do Inimigo.⁴⁶

Portanto, torna-se necessário especificar quais as principais propostas defendidas por Jakobs para o Direito Penal do Inimigo para uma melhor compreensão do presente trabalho.

2.2. Propostas de Jakobs para o Direito Penal do Inimigo

A teoria do Direito Penal do Inimigo, introduzida por Jakobs, subdivide o direito penal em: Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo.⁴⁷ Invocando as teorias contratualistas do Iluminismo, o autor afirma que para aquele que viola as normas do contrato social reiteradamente, renuncia o *status* de cidadão, devendo ser tratado como inimigo.⁴⁸ Logo, são características que fundamentam o Direito Penal do Inimigo:

1. Para Jakobs, a norma é um instrumento que regula as condutas relevantes para o Direito Penal, assim, qualquer ato ilícito deve ser atacado de forma coercitiva, restaurando a ordem, deste modo, a vigência da norma estabelecida é o bem jurídico maior a ser tutelado pelo Direito Penal.⁴⁹
2. Jakobs ressalta a necessidade de diferenciar as duas formas de tratamento dado pelo Estado aos indivíduos que vão ao encontro das normas vigentes. O tratamento dirigido ao cidadão infrator será o de um delinqüente que cometeu um dano reparável, e, assim, deverá ser punido de forma coercitiva de acordo com o ordenamento jurídico, o

⁴⁶ PRITTWITZ, Cornelius. *O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais e política criminal*. São Paulo. RBCCRIM 47, ano 12, 2004, p. 42.

⁴⁷ JAKOBS Günther e MELIÁ Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 29-30.

⁴⁸ Ibidem, p. 27.

⁴⁹ Ibidem, p. 32-33.

que denominou de Direito Penal do Cidadão. Entretanto, o tratamento dado ao indivíduo que põe em perigo a sociedade deve ser de exclusão das relações sociais de forma definitiva, como medida de segurança para impedi-lo de desestruturar a ordem jurídica, o que denominou de Direito Penal do Inimigo.⁵⁰

3. Para o cidadão são asseguradas todas as garantias inerentes ao processo penal e para os inimigos cabe somente a coação em repressão à ilicitude de seu ato. Torna-se necessário diferenciar as formas de tratamento estatal diante dos indivíduos que cometem um ato delitivo. Para certo grupo de indivíduos, o tratamento deve ser de não pessoa, já que se afastam de forma permanente do Direito, uma vez que repudiam e pretendem destruir o ordenamento jurídico.⁵¹
4. Com o intuito de evitar que o Direito Penal do Cidadão perca suas características próprias de um Estado de Direito, como a punição de fatos delituosos já ocorridos e o respeito das garantias processuais do réu, Jakobs sugere que deve ser aplicado aos que praticam a criminalidade econômica, o terrorismo, o tráfico de drogas e outras formas de criminalidade organizada: o Direito Penal do Inimigo.⁵² Para ele, seria mais seguro para o Estado de Direito delimitar de forma clara o Direito Penal do Inimigo, ao invés de inserir dentro do Direito Penal do Cidadão dispositivos próprios de um Direito Penal

⁵⁰ JAKOBS Günther e MELIÁ Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 42-44.

⁵¹ Ibidem, p. 35.

⁵² Ibidem, p. 42.

do Inimigo.⁵³

5. O Direito Penal do Inimigo traz a premissa de que o inimigo não pode ser considerado uma pessoa, a partir do momento que não possui condições de conviver em sociedade e, conseqüentemente, não poderá fazer parte do Estado, nem tampouco ser tratado como sujeito de direitos, sendo considerado objeto de direito.⁵⁴
6. De acordo com Jakobs, o inimigo deverá ser punido não pelo delito praticado, mas pelo seu grau de periculosidade. A postura do ordenamento jurídico, nesse caso, não será o de compensação do dano à vigência da norma, mas sim a de eliminação de um perigo futuro para a sociedade.⁵⁵ Há um adiantamento na seara de incidência da punibilidade, que passa a adotar um enfoque prospectivo. Puni-se o fato delitivo futuro e não o fato criminoso já consumado, regra no direito penal que adota o enfoque retrospectivo. Portanto, o Direito Penal do Inimigo adianta o âmbito de proteção da norma, antecipa a tutela penal com a finalidade de alcançar os atos preparatórios.⁵⁶
7. O inimigo para Jakobs é o indivíduo que frustra o comportamento aceitável em sociedade, perdendo assim o status de cidadão e todos os benefícios que tal status pode proporcionar a uma pessoa. O inimigo não poderá ser considerado um cidadão, a partir do

⁵³ JAKOBS Günther e MELIÁ Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 37.

⁵⁴ Ibidem, p. 36.

⁵⁵ Ibidem, p. 44.

⁵⁶ Ibidem, p. 34-35.

momento em que ele próprio não se permitiu entrar num estado de cidadania.⁵⁷ O abrandamento ou até mesmo a supressão pura e simples de determinadas garantias processuais do réu são possíveis para os inimigos.⁵⁸

8. Propõe Jakobs que, dentro dos institutos típicos do processo penal voltado para o inimigo, é necessário a incomunicabilidade do preso com o seu defensor, a fim de evitar que seja colocada em risco a integridade física de terceiros.⁵⁹
9. Para Jakobs, a intervenção internacional nos locais onde há violações de direitos humanos não é para manter a ordem social, mas sim para o estabelecimento do Estado através da força coerciva, representando uma faceta do Direito Penal do Inimigo e nem por isso ilegítima. Os indivíduos violadores dos direitos humanos nessas localidades são considerados como inimigos perigosos.⁶⁰

Diante do exposto, nota-se que a sistematização das propostas da Teoria do Direito Penal do Inimigo acendeu muitas críticas entre os penalistas, gerando controversas, como será demonstrado no tópico seguinte.

2.3. Críticas à Teoria do Direito Penal do Inimigo

⁵⁷ JAKOBS Günther e MELIÁ Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 36.

⁵⁸ Ibidem, p. 79.

⁵⁹ Ibidem, p. 43-46.

⁶⁰ Ibidem, p. 46-48.

André Callegari e Nereu Giacomolli, organizadores da publicação do Livro “Direito Penal do Inimigo” de Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá, manifestam-se contrários à teoria defensiva pelo doutrinador alemão. Segundo eles:

Independentemente da gravidade da conduta do agente, este, há de ser punido criminalmente como transgressor da norma penal, como indivíduo, como pessoa que praticou um crime, e não como um combatente, como um guerreiro, como um inimigo do Estado e da sociedade. A conduta, por mais desumana que pareça, não autoriza o Estado a tratar o ser humano como um ser irracional fosse. O infrator continua sendo um ser humano.⁶¹

Schecaira conclui que: “Assim, inicia-se um processo de coisificação do ser que faz menção a certos seres humanos que pela ilicitude de seus atos deixam de ser pessoas”. O inimigo é visto não como ser humano, mas sim como uma ameaça, um inimigo que como tal deve ser expurgado do convívio social.⁶²

Diante do exposto, percebe-se a diferença de tratamento dispensado ao inimigo em relação às pessoas consideradas como sujeitos de direitos. Para o cidadão, ou seja, pessoa, o devido processo legal será integralmente respeitado, enquanto para os inimigos, não.

Necessário se faz, portanto, entender quem será considerado inimigo do Estado. Para Callegari e Andrade:

A conceituação de inimigo é de fácil compreensão, apesar de sua definição prática ser um tanto complexa. Com uma mistura de explicações trazida por Rousseau, Hobbs, Kant e Jakobs, podemos definir inimigo como aquele que defrauda a expectativa de um comportamento pessoal de forma duradoura, afastando-se, dessa forma, do direito, excluindo-se do conceito pessoa/cidadão.⁶³

⁶¹ JAKOBS Günther e MELIÁ Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 17.

⁶² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Tolerância Zero*. São Paulo. RBCCRIM 77, ano 17, 2009, p. 269.

⁶³ CALLEGARI, André Luís e ANDRADE, Roberta Lofrano. *Traços do Direito Penal do Inimigo na fixação da pena-base*. Boletim IBCCRIM, ano 15, n. 178, set. 2007, p. 02.

O conceito de inimigo estabelecido por Jakobs não é aceito pela doutrina majoritária. Para Zaffaroni, o inimigo, segundo o conceito do doutrinador alemão, é um ser humano tratado como um ente perigoso, pois praticou crimes mais complexos como: narcotráfico, terrorismo em organizações criminosas e, portanto, precisa ser detido e segregado, anulando sua condição de pessoa e, conseqüentemente, negando-lhe seus direitos fundamentais.⁶⁴

Já para Busato, o inimigo brasileiro é o excluído socialmente, ou seja, os despossuídos.⁶⁵ Corroborando com essa opinião, Shecaira faz uma crítica ao critério discriminatório estabelecido para abordar os suspeitos em cidades brasileiras, ao associar negros, pobres e favelados como propensos ao crime⁶⁶.

Com o objetivo de diminuir os índices de criminalidade, busca-se no direito penal a solução para conter o avanço da violência e proporcionar mais segurança para a sociedade. Através de modelos extremamente endurecidos, criam-se mais normas reguladoras, que não se preocupam em preservar as garantias penais e processuais. Todavia, para o Direito Penal Mínimo, não é função do direito penal resolver o problema de segurança dos países globalizados. O direito penal tem como finalidade precípua a tutela de um bem jurídico relevante, a norma penal é abstrata, elaborada para punir fatos futuros e não para punir pessoa determinada.⁶⁷

Assim, o direito penal deve estar fundado nas esferas do limite de intervenção, uma vez que sua atuação só ocorre após a produção do fato danoso. Dessa forma, preceitua Busato, o direito penal “é incapaz de representar a solução mais adequada para

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro. Editora Revan, 2007, p. 18.

⁶⁵ BUSATO, Paulo César. *Quem é o inimigo, quem é você?* São Paulo. RBCCRIM 66, ano 15, 2007, p. 332.

⁶⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Tolerância Zero*. São Paulo. RBCCRIM 77, ano 17, 2009, p. 275.

⁶⁷ BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, p. 333-334.

prevenir riscos e muito menos promover qualquer espécie de intimidação de prática delitiva”.⁶⁸

Para Busato, o direito penal não se resume apenas a um sistema incriminatório, mas também um sistema de garantias. Para o doutrinador, hodiernamente, não é mais aceitável que o direito se encontra exclusivamente na norma, posicionamento defendido por Kelsen. Portanto, o Direito Penal é limitador da intervenção estatal, evitando arbitrariedades do Estado contra o criminoso.⁶⁹

Busato expõe de forma crítica a proposta defendida pelo doutrinador espanhol Silva Sánchez, o qual estabelece uma configuração dualista do sistema penal aos moldes do Direito Penal do Inimigo. Com regras de imputação, princípios e garantias em dois níveis ou duas realidades, uma, com penas contundentes, mas com um amplo sistema de garantias, a outra, com penas mais leves e, portanto, com menos garantias.⁷⁰

Para Busato, não pode haver uma flexibilização dos princípios e garantias jurídico-penais dentro de um Estado de Direito, conquistado de forma árdua ao longo dos tempos. Assim, para que haja equilíbrio, deve-se incorporar ao direito penal um sistema profundo e estruturado de garantias, tendo em vista que o direito penal é um sistema duro de controle estatal.⁷¹

Diante das propostas defendidas pelo Direito Penal do Inimigo tornam-se importante localizar elementos da teoria inseridos na política repressiva brasileira, com o intuito de diminuir o fenômeno da criminalidade diante da insegurança coletiva aguçada pela mídia, como veremos no tópico seguinte.

⁶⁸ BUSATO, Paulo César. *Quem é o inimigo, quem é você?* São Paulo RBCCRIM 66, ano 15, 2007, p. 323.

⁶⁹ Ibidem, p. 336.

⁷⁰ Ibidem, p. 339-341.

⁷¹ Ibidem, p. 339.

2.4. Análises práticas de manifestações específicas que refletiriam o Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil ocorre o fenômeno de insegurança coletiva, enfatizado diariamente pela mídia, que preconiza uma aplicação de justiça diferenciada daquela estabelecida por um Estado de Direito. Exigem-se cada vez mais os processos sumários, sem ritos e extra-institucionais. Como exemplifica Busato:

Basta ver que imediatamente após os ataques havidos a delegacias de polícia e outros prédios públicos, apressaram-se as autoridades públicas e os políticos em geral a buscar nos veículos de comunicação, acenando com propostas de novas medidas legislativas penais recrudescentes.⁷²

O legislador brasileiro, persuadido pelos apelos da sociedade por políticas criminais mais eficientes, acabou por aprovar a Lei nº 8.072/1990 dos crimes hediondos, a Lei nº 10.792/2003 que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado e a Lei nº 9.034/95 do Crime Organizado. As referidas leis apresentam características de um Direito Penal do Inimigo, que, hodiernamente, existem dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, há indícios do Direito Penal do Inimigo na fixação da pena base, disciplinada no artigo 59 do Código Penal Brasileiro. Percebe-se a incidência do Direito Penal do autor, que é uma das características da teoria de Jakobs, pois as circunstâncias judiciais sofrem valoração subjetiva do magistrado e estão voltadas para personalidade do agente e não pelo fato praticado.

Outra influência do Direito Penal do Inimigo é a valoração dos maus antecedentes para o incremento da pena. Pune-se o agente pela reiteração na prática delitiva, pois, segundo a teoria Jakobsiana, aquele que reiteradamente transgride o ordenamento

⁷² BUSATO, Paulo César. *Quem é o inimigo, quem é você?* São Paulo RBCCRIM 66, ano 15, 2007, p. 354.

jurídico, não deve ser tratado como cidadão e sim como inimigo.⁷³

A lei dos crimes hediondos, motivada pelo movimento de Lei e Ordem, instituiu o recrudescimento da reação estatal ante a criminalidade, negando o regime progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade, conquista de uma política de um Estado de Direito.⁷⁴

Já a Lei 9.034/95 do Crime Organizado trata-se de um diploma legal que disciplina os meios de prova e procedimentos aplicáveis aos delitos praticados por quadrilha ou bando. Para fins de incidência na Lei do Crime Organizado, o legislador equiparou os conceitos de quadrilha ou bando e de organização ou associação criminosa a qualquer agregação estável ou permanente com o intuito de praticar crimes.⁷⁵ Percebe-se, assim, uma característica típica do Direito Penal do Inimigo, pois não especifica de forma contundente o que seria organização criminosa, como não ficou claro quem é o inimigo para Jakobs.

Para Diogo Malan, o artigo 7º da Lei do Crime Organizado ao proibir a concessão da liberdade provisória torna-se inconstitucional, pois a Constituição Brasileira no artigo 5º, inciso LXVI autoriza a liberdade provisória. O legislador ordinário só poderá estabelecer os requisitos para sua concessão e nunca para excluir de forma abstrata o direito de liberdade provisória para determinados crimes. Além do mais, condicionar a proibição de tal direito a um conceito vago como o de “intensa e efetiva participação na organização criminosa”, afronta o princípio da legalidade, descaracteriza a natureza cautelar da prisão

⁷³ CALLEGARI, André Luis e ANDRADE, Roberta Lofrano. *Traços do Direito Penal do Inimigo na fixação da pena base*. Obtido no site <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 31 de agosto de 2009.

⁷⁴ FERREIRA, Fábio Félix e RAYA, Salvador Cutiño. *Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar diferenciado*. São Paulo. RBCCRIM nº 49, 2004, p. 282-283.

⁷⁵ MALAN, Diogo Rudge. *Processo Penal do Inimigo*. São Paulo. RBCCRIM nº 59, ano 14, 2006, p. 235.

provisória, transformando-a em punição antecipada do réu.⁷⁶

O artigo 10º da Lei do Crime Organizado traz características do Direito Penal do Inimigo, a partir do momento que prescreve o regime inicial de cumprimento da pena obrigatoriamente fechado, independentemente da quantidade de pena imposta ao acusado por crimes decorrentes da organização criminosa.⁷⁷

A Lei do Crime Organizado com o pretexto de neutralizar determinados grupos de indivíduos enquadrados no conceito vago de “organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”, justificam a penalização de atos preparatórios, neutralizando e suprimindo garantias processuais nos moldes do Direito Penal do Inimigo.⁷⁸

No decorrer do ano de 2003, em virtude dos problemas penitenciários ocorridos em São Paulo relacionados à organização criminosa do Primeiro Comando da Capital (PCC), foi editada a Lei 10.792/2003 que criou Regime Disciplinar Diferenciado, instituído como meio de defesa da social.⁷⁹

O Regime Disciplinar Diferenciado é aplicado tanto aos presos condenados, como aos presos preventivos, desde que se enquadrem nos conceitos vagos e imprecisos de “autor de fato que ocasione subversão da ordem ou disciplina interna ou apresente alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento e da sociedade”, com previsão no artigo 52, da Lei de Execuções Penais, com o advento da Lei 10.792/2003.

Com características típicas de um Direito Penal do Inimigo que suprime

⁷⁶ MALAN, Diogo Rudge. *Processo Penal do Inimigo*. São Paulo. RBCCRIM nº 59, ano 14, 2006, p. 240.

⁷⁷ Ibidem, p. 241.

⁷⁸ Ibidem, p. 241.

⁷⁹ FERREIRA, Fábio Félix e RAYA, Salvador Cutiño. *Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar diferenciado*. São Paulo. RBCCRIM nº 49, 2004, p. 257

princípios e garantias fundamentais, o Regime Disciplinar Diferenciado prevê um regime duro de 360 dias em regime disciplinar a uma pessoa ainda não condenada, que ficará isolada o tempo que seu processo tramitar na justiça, demonstrando uma flagrante violação ao princípio constitucional da presunção de inocência. Ao preso enquadrado nesse regime é conferido um tratamento de inimigo da sociedade, como o isolamento, limitação de visitas e diminuição dos horários de banhos de sol.⁸⁰

O Regime Disciplinar fere o princípio da taxatividade que determina que o tipo penal apresente elementos claros, conduta inequívoca, núcleo, sujeito e bem jurídico definidos. Para definir crime não é qualquer ação, tem que estar tipificado nitidamente na lei, sob pena de violação ao princípio da legalidade.⁸¹

As condutas mencionadas no artigo 50, inciso I e IV, da Lei de Execução Penal, tipificam falta grave, utilizando expressões de difícil compreensão, tais como “incitar”, “subverter a ordem”, “subverter a disciplina”. São expressões de múltiplos significados, da mesma forma quando Jakobs rotula o inimigo como aquele que pratica condutas delituosas mais complexas, sem defini-las taxativamente, deixando o réu vulnerável a interpretações subjetivas do julgador.⁸²

Conclui-se que as inovações introduzidas pela Lei 10.792 de 2003 têm características do Direito Penal do Inimigo, uma vez que direitos e garantias fundamentais não são respeitados para certos tipos de criminosos, criando excepcionalidades que violam os princípios constitucionais da legalidade, da proporcionalidade e da humanidade.

⁸⁰ FERREIRA, Fábio Félix e RAYA, Salvador Cutiño. *Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar diferenciado*. São Paulo RBCCRIM n° 49, 2004, p. 258.

⁸¹ *Ibidem*, p. 264.

⁸² *Ibidem*, p. 265-266.

Segundo Zilan Costa e Silva, “é de um combate contra o inimigo que tratamos quando falamos em torturas, prisões ilegais, abusos de autoridade, grupos de extermínio e assim por diante. É uma guerra que precisa ser vencida, para a tranquilidade dos incluídos, a qualquer custo, até mesmo com o extermínio sistemático dos excluídos”.⁸³

Diante da realidade brasileira, Busato chega à conclusão: o aparato penal está voltado para o inimigo brasileiro, ou seja, para os despossuídos, os vagabundos, os excluídos. Segundo ele, a política criminal do terror adotada no Brasil, com penas mais severas, prisões mais duras, como o Regime Disciplinar Diferenciado, são flagrantes exemplos do Direito Penal do Inimigo.⁸⁴

Conclui-se que no Brasil existem manifestações específicas que refletem a proposta do Direito Penal do Inimigo como foi demonstrado anteriormente. Portanto, torna-se imprescindível para análise do próximo capítulo verificar a compatibilidade das propostas da Teoria do Direito Penal do Inimigo com o Estado Democrático do Direito. Dentre desse contexto, faz-se necessário explanar sobre o Estado de Direito, o Estado Democrático do Direito e os princípios que norteiam a atuação estatal.

⁸³ SILVA, Zilan Costa e. *Breves considerações sobre o Direito penal do inimigo*. Obtido no site <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 31 de agosto de 2009.

⁸⁴ BUSATO, Paulo César. *Quem é o inimigo, quem é você?* São Paulo. RBCCRIM 66, ano 15, 2007, p. 332.

3. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O presente capítulo tem como escopo analisar a questão: até que ponto as propostas do Direito Penal do Inimigo seriam compatíveis ou não com o atual Estado Democrático de Direito? Já que este é caracterizado por ser um Estado promotor de justiça social, fulcrado no princípio da dignidade da pessoa humana protegido pelas constituições ocidentais.

Para melhor compreensão, faz-se necessário analisar o surgimento do Estado de direito como conquista insuprimível para evolução política de qualquer nação, bem como abordar os princípios e os deveres que norteiam um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

3.1. Estado de Direito

Segundo o jurista português Canotilho, seria inadmissível um Estado que não se coaduna com os pressupostos essenciais de um verdadeiro Estado de direito, o que levaria, de forma retrógrada, a um Estado de não direito.

Estado de não direito » é aquele em que existem leis arbitrárias, cruéis e desumanas que fazem da força ou do exercício abusivo do poder o direito, deixando sem qualquer defesa jurídica eficaz o indivíduo, os cidadãos, os povos e as minorias. Lei arbitrária, cruel e desumana é, por exemplo, aquela que permite experiências científicas impostas exclusivamente a indivíduos de outras raças, de outras nacionalidades, de outras línguas e de outras religiões.⁸⁵

Ao longo da história, o Estado de não direito se identificou com a razão do Estado imposta por chefes, fundamentando e justificando campos de concentração, pavilhões psiquiátricos ou até mesmo genocídios.

⁸⁵ CANOTILHO José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa. Fundação Mario Soares Gradiva Publicações, Ida, 1999, p. 12.

Nos Estados de não direito as leis se impõem aos cidadãos de forma autoritária, em função do capricho dos déspotas, de partidos políticos, de interesses de classes dominantes, negando aos cidadãos seus direitos alienáveis.

O Estado que admitir um Direito Penal do Inimigo, fundamentado em violações as garantias legais e processuais, estaria se afastando de um Estado de direito para alcançar a um Estado de não direito.

Segundo Zaffaroni, “o tratamento diferenciado dos seres humanos privados do caráter de pessoas (inimigos da sociedade) é próprio do Estado absoluto”.⁸⁶ Para o jurista argentino, o conceito de inimigo adotado pelo Direito Penal do Inimigo fere os princípios constitucionais do Estado de direito.

O Estado de direito, segundo José Afonso da Silva, advém de um conceito liberal, cujas características foram a submissão à lei, à divisão dos poderes e às garantias dos direitos individuais.⁸⁷

O Estado de direito nasceu em oposição ao Estado de Polícia corolário do Estado absoluto. Segundo conceitua Farias:

O Estado de Direito nasceu em oposição ao Estado de Polícia. Este seria identificado como um poder arbitrário no qual a autoridade administrativa podia tomar livremente todas as decisões, com uma liberdade mais ou menos completa, sem que houvesse para os governados a possibilidade de exigir o respeito à lei, aos direitos adquiridos ou ao processo.⁸⁸

Corroborando a noção do Estado absolutista, Marçal Filho preceitua:

⁸⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro. Editora Revan, 2007, p. 11.

⁸⁷ SILVA, José Afonso da. *O Estado Democrático de Direito*. In: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo. Malheiros Editores Ltda. 2002, p. 112.

⁸⁸ FARIAS Jose Fernando de Castro. *Estado de Direito*. In: *A Teoria do Estado*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 1999, p. 42.

No Estado absolutista, o Direito não disciplina a atividade estatal e nenhum particular pode invocar direitos ou pretensões contra o Estado. Não há garantias e os atos estatais ignoram limites e não dependem, para serem válidos, do respeito a valores individuais ou coletivos. Bem por isso não há autonomia jurisdicional e os governantes não precisam respeitar às decisões dos magistrados.⁸⁹

Segundo Canotilho, diante do fenômeno da globalização nenhum Estado pode ficar de fora da comunidade internacional, pois um Estado de direito deve respeitar e cumprir os direitos humanos consagrados nos grandes pactos e declarações internacionais e convenções. Entretanto, para estar inserido dentro deste contexto é mister a observância aos princípios inerentes ao Estado de direito.⁹⁰

Para Canotilho, o verdadeiro Estado de direito está intrinsecamente relacionado a um Estado constitucional, a um Estado democrático, a um Estado social e a um Estado de justiça.⁹¹

O Estado constitucional, estruturado com base em uma ordem legitimada pelo povo, deve exercer seu poder nos termos democráticos, uma vez que sua Constituição é limitadora do poder estatal. Conclui Canotilho que o Estado de direito não pode ser visto senão à luz do princípio democrático, assim, o Estado constitucional só é verdadeiramente constitucional, se for democrático.

O Estado social defendido por Canotilho não deve ser o Estado providência e sim um Estado comprometido com os princípios fundamentais e norteadores do direito civil, como a livre iniciativa econômica, autonomia contratual e o direito da vontade dos sujeitos econômicos. Presume-se Canotilho que o Estado de direito só será social se fomentar a

⁸⁹ FILHO, Marçal Justen. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte. Editora Fórum Ltda., Ano 05, nº 19, julho/set 2007, p. 169

⁹⁰ CANOTILHO José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa. Fundação Mario Soares Gradiva Publicações, Ida, 1999, p. 24.

⁹¹ *Ibidem*, p. 22.

democracia econômica, social e cultural e só será democrático, se o poder econômico estiver subordinado ao poder político.⁹²

Através de Farias, chegam ao nosso conhecimento às teorias defendidas pelos juristas franceses Dugoit e Hauriou que almejavam legitimar juridicamente novas concepções das forças sociais, expurgando as concepções individualistas e positivistas, as quais eram baseadas em critérios meramente formais de Estado de direito. A sociedade, suscetível de transformações, exigia do poder uma maior atuação diante dos problemas sociais.⁹³

Corroborando com essa idéia, José Afonso da Silva acredita que, hodiernamente, o Estado de direito deixou de ser formal, neutro e individualista, transformando-se em um Estado material de direito, comprometido com a justiça social inserida nas constituições ocidentais.⁹⁴

Farias expõe a posição dos juristas franceses Dugoit e Hauriou que vai além do conceito formal de Estado de direito:

Quando Hauriou e Dugoit falam do Estado de Direito, eles não querem designar simplesmente uma forma do Estado na qual todos os órgãos do Estado estariam submetidos ao direito para assegurar a proteção dos direitos individuais. Mais do que isto, para eles, o Estado de Direito implica uma lógica predominância da ordem do direito de solidariedade sobre a ordem do individualismo jurídico.⁹⁵

Do ponto de vista dos juristas franceses Dugoit e Hauriou, citado por Farias, o Estado de direito é uma forma de Estado legitimado por revoluções defensoras dos direitos

⁹² CANOTILHO José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa. Fundação Mario Soares Gradiva Publicações, Ida, 1999, p. 39.

⁹³ FARIAS José Fernando de Castro. *Estado de Direito*. In: *A Teoria do Estado*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 1999, p. 41.

⁹⁴ SILVA, José Afonso da. *O Estado Democrático de Direito*. In: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo. Malheiros Editores Ltda. 2002, p. 115.

⁹⁵ FARIAS José Fernando de Castro. *Op.cit.*, p. 55.

humanos. Farias corrobora essa ligação ao relacionar o surgimento do Estado de direito em revoluções fulcradas nos direitos humanos, como a Revolução Gloriosa de 1688 na Inglaterra, a Independência de 1776 nos Estados Unidos, a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos Humanos do Cidadão de 1789 na França.⁹⁶

O Estado de direito enquanto Estado de justiça não pode ser conivente com leis duras que aniquilam a dignidade da pessoa humana; que eliminam o núcleo essencial dos direitos, das liberdades e garantias; que adotam medidas discriminatórias contra cidadãos ou grupo de cidadãos. Fazer justiça no Estado de direito é deixar de aplicar leis injustas violadoras de direitos e princípios jurídicos fundamentais, mesmo que tais leis estejam legalmente positivadas.

José Afonso da Silva faz uma observação crítica, pois para o autor, ao longo dos anos, houve concepções deturpadas do conceito do Estado de direito, do ponto de vista da concepção de um Estado de justiça, onde a justiça é tomada como um conceito absoluto, abstrato e espiritualista, responsável pela fundamentação da concepção do Estado fascista totalitário, ditatorial, anulando direitos e liberdades. Conclui-se que o Estado de justiça, deve estar sob a égide do poder judiciário, evitando a arbitrariedade.⁹⁷

Canotilho determina que um Estado de Direito tenha como pressupostos essenciais os princípios da proibição do excesso, da proporcionalidade, da adequação, da razoabilidade, da necessidade com o intuito de acentuar as dimensões das garantias individuais, protegendo os direitos adquiridos contra medidas excessivamente coativas dos

⁹⁶ FARIAS José Fernando de Castro. *Estado de Direito. In: A Teoria do Estado*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 1999, p. 43.

⁹⁷ SILVA, José Afonso da. *O Estado Democrático de Direito. In: Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo. Malheiros Editores Ltda. 2002, p. 113.

poderes públicos. Portanto, através de um conjunto de princípios jurídicos o Estado de direito é garantidor da segurança da sociedade.⁹⁸

Assim, o Estado deve se estruturar sob a égide do princípio da proporcionalidade, o qual possibilita apurar as restrições de direitos, de liberdades e de garantias constitucionais. O princípio da proporcionalidade ratifica que uma lei restritiva, mesmo sendo adequada e necessária, poderá ser inconstitucional, quando limitam direitos, liberdades e garantias.

Ante o exposto sobre o Estado Direito, torna-se necessário explanar sobre o conceito de Estado Democrático de Direito e seus princípios, bem como sua relevância para um Estado comprometido com o bem social, e consequentemente, com a dignidade da pessoa humana.

3.2. Estado Democrático de Direito

José Afonso da Silva prevê que a noção de Estado Democrático de Direito reúne princípios do Estado democrático e do Estado de direito, juntamente com um componente revolucionário de transformação social, tornando-se um estado promotor da justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.⁹⁹

Inconteste, portanto, abordar os princípios e os deveres que norteiam um verdadeiro Estado Democrático de Direito inserido nas Constituições dos países ocidentais. De acordo com José Afonso da Silva, o princípio da constitucionalidade estabelece que o Estado Democrático de Direito esteja legitimado na Constituição emanada da vontade popular. O princípio democrático preceitua uma democracia representativa e participativa,

⁹⁸ CANOTILHO José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa. Fundação Mario Soares Gradiva Publicações, Ida, 1999, p. 59.

⁹⁹ SILVA, José Afonso da. *O Estado Democrático de Direito*. In: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo. Malheiros Editores Ltda. 2002, p. 119.

pluralista de acordo com previsão constitucional. Já o princípio da igualdade de direitos veda qualquer tipo de discriminação.¹⁰⁰

Inerente ao Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade, segundo Canotilho, é regido pelo império da lei, mas da lei que promove a igualdade e a justiça. A relevância da lei no Estado Democrático de Direito não se resume apenas ao seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral e obrigatório. Por ser um ato de decisão política predetermina a conduta que guiará os cidadãos na realização de seus interesses. Portanto, a lei não deve ficar numa esfera meramente normativa, precisa influir na realidade social, garantindo a sobrevivência de valores socialmente aceitos.¹⁰¹

Conclui José Afonso da Silva, “a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”.¹⁰²

Para Dallari, com a consolidação do Estado Democrático de Direito, o Estado passou a se organizar embasado na soberania popular com a participação do povo na organização, na formação e na atuação do Governo. Dando enfoque ao princípio da preservação da liberdade, sem nenhuma interferência estatal, desde que não prejudique o próximo. Já no princípio da igualdade de direitos, para o autor, é vedado todo tipo de discriminação no gozo de direitos e garantias.¹⁰³

O Estado Democrático de Direito consolidou como ideal supremo,

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso da. *O Estado Democrático de Direito*. In: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo. Malheiros Editores Ltda. 2002, p. 122.

¹⁰¹ CANOTILHO José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa. Fundação Mario Soares Gradiva Publicações, Ida, 1999, p. 59-60.

¹⁰² SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 122.

¹⁰³ DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, São Paulo. Editora Saraiva, 23. ed. 2002, p. 150.

“chegando-se a um ponto em que nenhum sistema e nenhum governante, mesmo quando patentemente totalitários, admitem que não sejam democráticos.”¹⁰⁴

Diante do que foi divulgado pelos autores sobre os fundamentos basilares de um Estado Democrático de Direito torna-se de grande relevância para o próximo capítulo a abordagem sobre a possibilidade de tais propostas serem aplicadas no ordenamento jurídico brasileiro. Caso as propostas do Direito Penal do Inimigo fossem viáveis, seriam constitucionais?

3.3. A aplicação do Direito Penal do Inimigo no Brasil seria Constitucional ou não?

É inegável que a segurança dos países globalizados, incluindo o Brasil, passa por um período angustiante, fazendo com que a população se sinta em constante estado de vigília ante ao recrudescimento da violência.

Com o escopo de controlar o avanço da criminalidade surgem políticas criminais ostensivas, como a Teoria do Direito Penal do Inimigo, justificadoras de estado de exceção, diante da necessidade de defesa do Estado. Entretanto, cabe analisar a viabilidade das propostas de Jakobs dentro do ordenamento jurídico brasileiro fundado nos moldes de uma constituição democrática.

Na Constituição Federal Brasileira os direitos e garantias fundamentais estão amplamente protegidos, pois estão inseridos como cláusula pétrea. Assim, não há de se falar que o Direito Penal tem como função única a proteção da norma, como defende Jakobs. No Estado Democrático de Direito tanto a Constituição como a lei penal tem como função precípua proteger os bens jurídicos, fazendo valer todos os direitos e garantias inerentes ao

¹⁰⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, São Paulo, Editora Saraiva, 23. ed. 2002, p. 150.

cidadão, em função do princípio da dignidade humana.

A teoria em análise traz a premissa de uma descaracterização da pessoa em razão do seu grau de periculosidade, transformando-a, assim, em objeto de coação. O inimigo deverá ser tratado como uma fonte de perigo, pois vai de encontro ao Estado. Desse modo, para o inimigo, como se pode observar, não existe na integralidade o respeito ao devido processo legal, princípio inerente ao Estado Democrático de Direito. Para Zaffaroni, o Estado pode até privar o inimigo de sua cidadania, mas isso não o autoriza a privá-lo da condição de pessoa, portadora dos direitos inerentes a seu status.¹⁰⁵

Essa descaracterização do indivíduo como cidadão vai de encontro ao conteúdo mínimo defendido pelo Estado Democrático de Direito. Segundo José Afonso da Silva, “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.¹⁰⁶

Outra proposta de Jakobs que deixa dúvida quanto a sua constitucionalidade seria a divisão do Direito Penal, um voltado para o cidadão e outro para o inimigo. Tal proposta vai de encontro a Constituição Federal, a qual preceitua, no caput do artigo 5º, a igualdade de todos perante a lei. Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, “o alcance do princípio da igualdade não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma positivada, mas que a própria lei não pode ser promulgada em desconformidade com a isonomia”. Assevera o autor que a lei como instrumento regulador da vida em sociedade deve tratar de maneira equitativa todos os cidadãos, não sendo fonte de privilégios ou perseguições.¹⁰⁷

¹⁰⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro. Editora Revan, 2007, p. 19.

¹⁰⁶ SILVA, José Afonso da. *O Estado Democrático de Direito*. In: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo. Malheiros Editores Ltda. 2002, p. 105.

¹⁰⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo. Malheiros Editores Ltda. 2000, p. 09-10.

No Direito Penal do Cidadão, o indivíduo infrator é tratado pelo Estado como pessoa, portanto, terá direito a todas as garantias penais e processuais, pois não foi contra a permanência e nem contra as instituições do Estado. Já o Direito Penal do Inimigo está voltado para os delinquentes contumazes, reincidentes, capazes de ameaçar a ordem jurídica estatal, denominados de inimigos, cabendo ao Estado punir, não com penas, mas sim com medida de segurança, sem as garantias materiais e processuais inerentes a qualquer criminoso.¹⁰⁸

Entretanto, a proposta do Direito Penal do Inimigo de supressão de direitos e garantias processuais ao inimigo é contrária a Constituição Federal. Percebe-se um afronta ao princípio do devido processo legal reconhecido expressamente no artigo 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, ou seja, qualquer pessoa deve ser processada nos ditames da lei, sem abusos ou exceções por parte do poder estatal.

Dentro da Constituição Federal Brasileira, só em casos excepcionais, como no estado de sítio e no estado de defesa, previstos nos artigos 136 e 137 da Constituição Federal, respectivamente, acentuam-se as restrições de alguns direitos como: a liberdade de reunião; de sigilo de correspondência; de comunicações telegráficas e telefônicas.

Trata-se de uma situação extraordinária. Inaceitável seria transformar o Direito Penal Brasileiro em Direito Penal do Inimigo, pois as principais garantias processuais devem ser mantidas em casos de excepcionalidade, como o estado de sítio e de defesa, em função da preservação da dignidade da pessoa humana. Assim, pode-se concluir que o estado de sítio e de defesa previstos na Constituição Federal Brasileira estariam próximos do estado

¹⁰⁸ ALENCAR, Antônia Elúcia. *A Inaplicabilidade do direito penal do inimigo diante da principiologia constitucional democrática*. São Paulo. Revista dos Tribunais, v. 99, n. 895, maio 2010, p. 475-476.

de guerra para o qual o Direito Penal do Inimigo foi estruturado.

Vale ressaltar que no ordenamento jurídico brasileiro o reincidente sofre algumas manifestações que se assemelham ao Direito Penal do Inimigo. A reincidência é um instituto penal descrito no artigo 63 do Código Penal Brasileiro, mas com repercussão em outros institutos. Pois, ao reincidente é vedada à aplicação de alguns direitos em matéria penal e processual penal, como: a redução da pena privativa de liberdade; a substituição de pena aos reincidentes em crime doloso; o regime inicial mais benéfico; o livramento condicional e o *sursis*.

São tantas vedações impostas ao reincidente que o aproxima do inimigo, confirmando um desrespeito aos direitos e garantias constitucionais, bem como a dignidade da pessoa humana. Mesmo diante de tantas vedações, o reincidente não pode ser visto como um inimigo no ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito, nem pode ser visto como se fosse primário, mas sim como ser humano.

Ao propor a dualidade do Direito Penal, Jakobs afronta o princípio da igualdade material, o qual preceitua que sejam tratados igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Afrontando também o princípio da dignidade da pessoa humana, expressamente previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, o qual valoriza o indivíduo enquanto pessoa, independentemente do crime cometido. Assim, nem mesmo o criminoso pode ser tratado como um não-cidadão.

Ao propor a exclusão do inimigo da sociedade, Jakobs sugere a aplicação da medida de segurança. Questiona-se, entretanto, se o não-pessoa seria tratado como o inimputável do ordenamento jurídico brasileiro. Se assim fosse, o tratamento seria constitucional? Partindo da concepção constitucional brasileira que preceitua no seu artigo 5º,

caput, a igualdade de todos perante a lei, incontestável constitui a afirmação no sentido que todos os direitos existentes ao imputável se estendam aos inimputáveis e ao semi-imputáveis.¹⁰⁹ O inimputável no Brasil não poderia ser considerado um não-pessoa, pois a ao aplicar a medida de segurança o Estado tem o dever de fazer valer todos os direitos e garantias inerentes a medida de segurança.

Quando surgiu a medida de segurança, sua base estava fundada na responsabilidade social, punindo indivíduos presumidamente considerados nocivos à sociedade, observando a mera periculosidade social. Após visão mais humanística, a medida de segurança passou a ser considerada uma sanção penal autônoma, a privação ou a restrição dos direitos dos delinquentes doentes passou a ser um instrumento para o seu tratamento e, com isso, a pacificação social.¹¹⁰

Hodiernamente, conforme os preceitos constitucionais, para que se aplique a medida de segurança são necessários os requisitos obrigatórios: a prática de um ilícito penal e a presença da periculosidade criminal. Não há que se falar mais em periculosidade social. A medida de segurança, sanção penal imposta pelo Estado, deve observar todas as garantias e princípios constitucionais inerentes à pena. Imputáveis ou não, os cidadãos têm o direito de saber a exata natureza e duração da sanção penal que lhe é imposta.¹¹¹ Portanto, a medida de segurança aplicada em um Estado Democrático de Direito, como o Brasil, deverá observar todos os instrumentos de garantias previstos na Constituição Federal.

Zaffaroni preceitua que o desenvolvimento do Direito Penal do Inimigo coaduna com componentes de um Estado de polícia, onde o infrator é punido em razão de seu

¹⁰⁹ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo. Editora dos Tribunais, 2001, p. 168.

¹¹⁰ Ibidem, p. 215-216.

¹¹¹ Ibidem, p. 217.

grau de periculosidade para a sociedade, sem a “possibilidade de exigir o respeito à lei, aos direitos adquiridos ou ao processo”.¹¹²

Conclui-se, portanto, que o conceito jurídico de inimigo só será admitido em um Estado de não direito, que tem como característica, segundo Canotilho, leis arbitrárias, cruéis, impostas a um inimigo sem qualquer observância aos seus direitos.¹¹³

Adotar as medidas que a teoria do Direito Penal do Inimigo preceitua, seria aceitar a saída de um Estado Democrático de Direito, onde a dignidade da pessoa humana constitui-se como princípio máximo, para entrada de um Estado totalitário, no qual o inimigo é uma ameaça e deve ser tratado de forma hostil.

O Estado de direito se estrutura através do princípio da proibição do excesso e seus subprincípios: da adequação, da razoabilidade, da necessidade. Pretende-se acentuar as dimensões das garantias individuais e proteger os direitos adquiridos contra medidas arbitrárias do poder estatal.¹¹⁴

Com a aplicação do princípio da proibição do excesso tornar-se possível averiguar a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida a ser tomada pelo poder público. Assim, o princípio prevê que no âmbito das leis restritivas de direitos, de liberdades e de garantias, qualquer limitação feita em conformidade com a lei deverá ser apropriada, exigível e com justa medida.¹¹⁵

Para Busato, o Direito Penal não é apenas um sistema de incriminação, mas

¹¹² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro. Editora Revan, 2007, p. 25.

¹¹³ CANOTILHO José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa. Fundação Mario Soares Gradiva Publicações, Ida, 1999, p. 12.

¹¹⁴ Ibidem, p. 59.

¹¹⁵ Idem. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra. Livraria Almedina, 2000, p. 447.

é também possuidor de um sistema de garantias em conformidade com o princípio da proporcionalidade:

[...] o Direito Penal como muito mais que um mero sistema de incriminação, se lhe concebe também como sistema de garantias. Não é mais aceitável a concepção meramente kelseniana de que o direito se encontra exclusivamente na norma. O Direito Penal é também garantia contra a intervenção do Estado. Se o mecanismo de controle apresenta evolução histórica pendular, mas tendente a desaparecimento, o sistema de garantias apresenta evolução linear e crescente. Nem pode ser diferente se nos pretendemos hoje mais civilizados do que ontem.¹¹⁶

No aspecto processual, o devido processo legal vai impor obediência estrita das normas processuais, traduzindo iguais oportunidades às partes. O que exceder a justa medida, ou seja, tudo que for desproporcional configura-se inconstitucional e deve ser rejeitado pelo ordenamento jurídico brasileiro.¹¹⁷

Por tudo que foi exposto, percebe-se que a Teoria do Direito Penal do Inimigo adota cargas excessivas de restrições de direitos, de liberdades e de garantias, desrespeitando o princípio da dignidade humana, norteador de todos os princípios de qualquer Estado Democrático de Direito.

Algumas normas do Direito Penal Brasileiro estão contaminadas pelo Direito Penal do Inimigo, como é o caso do Regime Disciplinar Diferenciado; da Lei dos Crimes Hediondos; da Lei do Crime Organizado; do instituto da reincidência. Dentro desse contexto: o mecanismo de delação premiada; a incomunicabilidade do indiciado prevista no artigo 21 do Código de Processo Penal; os regimes de execução penal sem quaisquer direitos para o apenado.

¹¹⁶ BUSATO, Paulo César. *Quem é o inimigo, quem é você?* São Paulo: RBCCRIM 66, ano 15, 2007, p. 336.

¹¹⁷ GRANDINETTI, Luís Gustavo. CARVALHO, Castanho. *Processo Penal e Constituição*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2004, p. 129.

Portanto, são normas inconstitucionais, pois violam os princípios da dignidade humana, da isonomia, da proporcionalidade, da presunção de inocência do devido processo legal, além de flexibilizar direitos e garantias. Os ideais democráticos e humanísticos de um verdadeiro Estado de Direito devem estar numa posição intangível. Existe uma gama de direitos e garantias fundamentais que precisam ser respeitados para que o Brasil se fortaleça como um Estado Democrático.

CONCLUSÃO

A presente monografia teve como objetivo central fazer uma reflexão crítica das propostas estabelecidas pela política criminal do Direito Penal do Inimigo e analisar sua incompatibilidade com os ditames de um Estado Democrático de Direito.

No desenvolver do tema foi necessário o estudo das políticas criminais hodiernas. Assim, diante da globalização e do recrudesimento da violência acabaram surgindo, por força de políticas criminais mais endurecidas e expansionistas do direito penal, propostas com o intuito de promover segurança para a sociedade.

Há, atualmente, duas grandes propostas de políticas criminais uma reducionista e outra expansionista. A reducionista mostra-se favorável ao Direito Penal Mínimo, ou seja, o Estado antes de recorrer à criação de leis deve esgotar todos os meios não penais para o controle da criminalidade, o agir punitivo do Estado deve ser em *ultima ratio*. Assim, as práticas penais não devem atuar sozinhas no campo da política criminal, mas ao lado de outras práticas de controle social, como as sanções administrativas, a prevenção, a reparação e a mediação. A política criminal reducionista não se fundamenta apenas por medidas jurídico-penais.

São políticas criminais expansionistas, as mais ostensivas que pregam o endurecimento das normas penais, como o programa Tolerância Zero, o Movimento Lei e Ordem e a Teoria do Direito Penal do Inimigo. Tais políticas criminais mais repressivas e punitivas acabaram favorecendo a expansão do direito penal.

Foi extremamente relevante a compreensão do conceito de política criminal dos diferentes autores que embasaram o presente trabalho. Concluiu-se que a política criminal

é um conjunto de princípios e regras, com elementos teóricos e práticos, que norteiam o Estado na prevenção e repressão de práticas criminosas.

Busca-se uma política criminal baseada em um estudo interdisciplinar com o direito penal e a criminologia, orientando e legitimando o sistema punitivo estatal, em conformidade com os princípios do Estado Democrático de Direito.

Os princípios que norteiam o Direito Penal Mínimo aproximam-se dos princípios constitucionais basilares da política criminal brasileira e estão vinculados às garantias e direitos fundamentais. São eles: o princípio do Estado de Direito; o princípio da culpabilidade; o princípio da legalidade; o princípio da proporcionalidade e o princípio da dignidade humana. Assim, a política criminal, sob a égide do princípio da dignidade humana, deve resguardar os direitos e as garantias inerentes ao cidadão.

As políticas criminais mais ostensivas e repressivas no controle da criminalidade confrontam-se diretamente com o Direito Penal Mínimo ao violar mandamentos constitucionais. Chega-se a conclusão que uma política criminal eficaz deve possuir mecanismos que garantam a inclusão social, partindo da premissa que o crime e a violência são problemas sociais.

A presente monografia optou pela análise das propostas da teoria do Direito Penal do inimigo, como exemplo de política criminal voltada para o endurecimento do Direito Penal. Esta teoria foi idealizada pelo penalista alemão Günther Jakobs catedrático emérito de Direito Penal e Filosofia do Direito pela Universidade de Bonn na Alemanha.

São propostas características do Direito Penal do Inimigo, a dualidade do Direito Penal, a despersonalização do indivíduo, a prospecção da norma penal, a antecipação

e desproporcionalidade de medidas de contenção, as limitações processuais, a primazia da periculosidade em detrimento da culpabilidade do agente criminoso e a flexibilização de direitos e garantias. Medidas estas vistas como necessárias para a estabilização da norma vigente e para a defesa do Estado.

Jakobs estabeleceu duas espécies de direito penal: o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. O tratamento dirigido ao cidadão infrator será o de um delinquente que cometeu um dano reparável, e, assim, deverá ser punido de forma coercitiva de acordo com o ordenamento jurídico, o que denominou de Direito Penal do Cidadão.

O Direito Penal do Inimigo traz a premissa de que o inimigo não pode ser considerado uma pessoa e, conseqüentemente, não poderia fazer parte do Estado, nem tampouco ser tratado como sujeito de direitos, sendo considerado objeto de direito.

Para Jakobs, o inimigo seria o indivíduo que frustra o comportamento aceitável no convívio em sociedade, perdendo assim o status de cidadão e todos os benefícios que tal status pode proporcionar a uma pessoa. A postura do ordenamento jurídico, nesse caso, não seria de compensação do dano com fulcro na norma vigente, mas sim de eliminação do inimigo que representa um perigo para a sociedade. Portanto, o inimigo deverá ser punido não pelo fato delitivo que praticou, mas sim pelo grau de periculosidade que apresenta.

Ao avaliar a possibilidade de aplicação e os efeitos das propostas estabelecidas pela Teoria do Direito Penal do Inimigo foi possível questionar a sua aplicabilidade como política criminal no Estado Democrático de Direito, já que se trata de medida de exceção no controle da criminalidade.

Portanto, foi necessário analisar o conceito de Estado Democrático de

Direito e os princípios da igualdade, da legalidade, da proporcionalidade e da humanidade, inerentes a atuação estatal.

Segundo os doutrinadores pesquisados, o conceito de Estado Democrático de Direito sobrevém da junção do Estado de Direito com o Estado Democrático e o elemento revolucionário de transformação social. Assim, seria tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito a superação das desigualdades sociais e a instauração do regime democrático promotor da justiça social.

Para maioria dos doutrinadores pesquisados sobre o tema, o conceito de inimigo e o tratamento a ele dispensado são casos típicos de um Estado Totalitário, denominado de Estado de não direito, violador de direitos e garantias fundamentais.

Ficou evidente que há um confronto entre aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo e o Estado Democrático de Direito, uma vez que os princípios norteados do Estado Democrático de Direito não se coadunam com as propostas da teoria, devido sua característica discriminatória, flexibilizadora de garantias materiais e processuais do considerado inimigo do Estado, visto como cidadão de segunda categoria.

Deve-se ressaltar que tais medidas não podem ser requisitos para abalar os ideais democráticos e humanísticos de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, garantidor fundado no princípio da dignidade da pessoa humana. A reação estatal contra a criminalidade deve estar em conformidade com os princípios básicos do Estado Democrático de Direito. É dever do Estado prevenir e reprimir a criminalidade, o que é proscrito, e, portanto, inaceitável é a supressão, a flexibilização dos direitos e garantias fundamentais conquistados ao longo dos anos.

A luta contra o crime é uma tarefa complexa que envolve todos os segmentos da sociedade, não sendo o direito penal o único instrumento por meio do qual se possa alcançar a segurança almejada por todos. Não é legítimo e nem tampouco racional utilizar o direito penal quando é cabível a utilização de outros meios eficazes de proteção aos bens jurídicos tutelados pelo Estado.

Na Constituição Federal Brasileira os direitos e garantias fundamentais estão amplamente protegidos, pois estão inseridos como cláusula pétrea. Assim, não há de se falar que o Direito Penal tem como função única a proteção da norma, como defende Jakobs. No Estado Democrático de Direito tanto a Constituição como a lei penal tem como função precípua proteger os bens jurídicos, fazendo valer todos os direitos e garantias inerentes ao cidadão, em função do princípio da dignidade humana.

Contudo, não se pode negar que algumas normas do Direito Penal Brasileiro estão contaminadas pelo Direito Penal do Inimigo, como é o caso do Regime Disciplinar Diferenciado; da Lei dos Crimes Hediondos; da Lei do Crime Organizado; do instituto da reincidência. Além disso, tem-se ainda o mecanismo de delação premiada; a incomunicabilidade do indiciado prevista no artigo 21 do Código de Processo Penal; os regimes de execução penal sem quaisquer direitos para o apenado.

Vale ressaltar que antes do advento da Lei n. 11.464/07 era proibida a progressão de regime para aquele que cometesse um dos crimes do rol da lei dos crimes hediondos, o que representava uma manifestação do Direito Penal do Inimigo. Entretanto, não se pode questionar a majoração da pena em abstrato em função da hediondez do crime em função da proporcionalidade da lesão do bem jurídico.

Portanto, são normas inconstitucionais, pois violam os princípios da

dignidade humana, da isonomia, da proporcionalidade, da presunção de inocência do devido processo legal, além de flexibilizar direitos e garantias.

O Regime Disciplinar Diferenciado é inconstitucional, pois enquadra o condenado ao conceito vago de “autor de fato que ocasione subversão da ordem”, ferindo o princípio constitucional da legalidade.

A lei do crime organizado, com o pretexto de neutralizar determinados grupos de indivíduos, utiliza o conceito amplo de “organizações e associações de qualquer tipo”, para justificar a penalização de atos preparatórios, ferindo o princípio constitucional da legalidade e da taxatividade.

São tantas vedações impostas ao reincidente que o aproxima do conceito de inimigo, nota-se a supressão de direitos e garantias constitucionais, bem como a inobservância a dignidade da pessoa humana. Mesmo diante de tantas vedações, o reincidente não pode ser visto como um inimigo propriamente dito em um ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito. Portanto, o instituto da reincidência é carecedor de mudanças.

Os ideais democráticos e humanísticos de um verdadeiro Estado de Direito devem estar numa posição intangível. Existe uma gama de direitos e garantias fundamentais que precisam ser respeitados para que o Brasil se fortaleça a cada dia e que através de um conjunto de princípios jurídicos seja garantidor da segurança da sociedade.

O Direito Penal do Inimigo foi rechaçado pela doutrina dominante, pois sua política criminal fere inúmeros princípios constitucionais, afrontando o Estado Democrático de Direito. Dar ênfase ao Direito Penal do Inimigo seria o mesmo que retroagir ao Estado de

polícia, onde as autoridades tomavam decisões arbitrárias sem respeitar os direitos e garantias fundamentais dos seres humanos.

A Constituição Federal Brasileira consagra o Estado Democrático de Direito, em seu artigo primeiro, destacando-se, dentre os seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana. Os fundamentos basilares de um Estado Democrático de Direito não se coadunam com as propostas do Direito Penal do Inimigo.

Cabe ao Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais atentatórios ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que no Estado Democrático de Direito, constitui valor importante e funciona como condição de validade para o direito penal.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Antônia Elúcia. *A Inaplicabilidade do direito penal do inimigo diante da principiologia constitucional democrática*. São Paulo. Revista dos Tribunais, v. 99, n. 895, maio 2010.
- AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea*. São Paulo. IBCCRIM. 2007.
- BUSATO, Paulo César. *Quem é o inimigo, quem é você?* São Paulo. RBCCRIM 66, ano 15, 2007.
- CALLEGARI, André Luís e DUTRA, Fernanda Arruda. *Direito Penal do Inimigo e Direitos Fundamentais*. São Paulo. Revista dos Tribunais, v. 96, n. 862, agosto 2007.
- _____, André Luís e ANDRADE, Roberta Lofrano. *Traços do Direito Penal do Inimigo na fixação da pena-base*. Boletim IBCCRIM, ano 15, n. 178, set. 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa. Fundação Mario Soares Gradiva Publicações, Ida, 1999.
- _____, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra. Livraria Almedina, 2000.
- CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho; CHAGAS, Fernando Cerqueira; FERRER, Flávia; BALDEZ, Paulo de Oliveira Lancelotti e PEDROSA, Ronaldo Leite. *Justa Causa Penal Constitucional*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2004.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo. Editora Saraiva, 23. ed., 2002.
- DELMANTO, Roberto. *Da Máfia ao RDD*, Boletim do IBCCRIM, n. 163. São Paulo. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, junho 2006.
- _____, Roberto. *Do Iluminismo ao Direito Penal do Inimigo*. São Paulo. Revista dos Tribunais, ano 97, março 2006.
- DELMAS-MARTY, Mireilli. *Os Grandes Sistemas de Política Criminal*. São Paulo. Manole, 2004.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro. Forense, 2002.
- FARIAS Jose Fernando de Castro. *Estado de Direito. In: A Teoria do Estado*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 1999.
- FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo. Editora dos Tribunais, 2001, p. 168.

FERREIRA, Fábio Félix e RAYA, Salvador Cutiño. *Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar diferenciado*. São Paulo. RBCCRIM nº 49, 2004.

FILHO, Marçal Justen. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte. Editora Fórum Ltda. Ano 05, nº 19, julho/set 2007.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Ciências Criminais e Filosofia Política: as possibilidades de diálogo interdisciplinar*. São Paulo. RBCCRIM 63, 2006.

GALVÃO, Fernando. *Política Criminal*. Belo Horizonte. Mandamentos, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. *Crime Organizado – Enfoques criminológico, jurídico e político criminal*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1995.

GRANDINETTI, Luís Gustavo. CARVALHO, Castanho. *Processo Penal e Constituição*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2004.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal*. Niterói – Rio de Janeiro. Editora Impetus, 2005.

JAKOBS Günther e MELIÁ Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____, Günther e MÉLIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas*. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2008.

MALAN, Diogo Rudge. *Processo Penal do Inimigo*. São Paulo. RBCCRIM nº 59, ano 14, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo. Malheiros Editores Ltda. 2000.

PRITTWITZ, Cornelius. *O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais e política criminal*. São Paulo. RBCCRIM 47, ano 12, 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Tolerância Zero*. São Paulo. RBCCRIM 77, ano 17, 2009.

SILVA, José Afonso da. *O Estado Democrático de Direito*. In: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo. Malheiros Editores Ltda. 2002.

_____, Zilan Costa e. *Breves considerações sobre o Direito penal do inimigo*. Obtido no site <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 31 de agosto de 2009.

WACQUANT, Loic. *A Aberração carcerária à moda francesa*. Revista de Ciências Sociais 47-2/221 2004, Apud. SHECAIRA, 2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro. Editora Revan, 2007.

ZEIDAN, Rogério. *Ius Puniendi, Estado e Direitos Fundamentais: Aspectos de Legitimidade e Limites da Potestade Punitiva*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris, 2002.